

La evidente contradicción entre la fiducia y el abuso: Cláusulas abusivas en el contrato de fiducia*

The evident contradiction between trusts and infringement of rights: unfair terms in fiduciary contracts

Mónica María Moreno

Magíster en derecho, Universidad del Rosario, Colombia
monicamaria.moreno@hotmail.com

Recibido: 31/03/17 Aprobado: 22/08/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1556>

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad ahondar en el contenido de las cláusulas tradicionalmente consideradas como abusivas en el contrato de fiducia a través de análisis de la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Entre las cláusulas que se encuentran como definitivamente abusivas, se descubren aquellas que establecen la aceptación tácita de las rendiciones de cuentas del fiduciario; las que fundan como causal de terminación la voluntad unilateral del fiduciario; aquellas que con motivo a la solicitud de instrucciones colocan en suspenso la responsabilidad del fiduciario; y las que establecen la prevalencia de los derechos de los fideicomitentes iniciales sobre los adherentes.

Algunas otras requieren de un estudio más detallado, de modo tal que bajo determinados criterios pueden ser admisibles, tales como las cláusulas de arbitramento que podrán ser pactadas siempre que no sean excluyentes y permitan al usuario elegir entre la justicia arbitral o la ordinaria, según sus posibilidades; aquellas que excluyen la responsabilidad del fiduciario en relación con los aspectos técnicos en proyectos inmobiliarios, en el entendido de que se trata de aspectos que están fuera de su alcance y siempre que permanezca a cargo de los deberes de diligencia e información que le atañen en relación al rol que desarrolla en el fideicomiso, y la verificación de las condiciones pre operativas.

Por último, aquellas cláusulas que establecen previamente el mecanismo subsidiario de inversión de los recursos disponibles en el fideicomiso, cuya censura ha perdido el preciso sustento normativo sobre el cual se erigía.

PALABRAS CLAVE

Abuso; Abusiva; Clausulas, Estipulaciones, Fiducia.

ABSTRACT

This article aims to explore at length the content of clauses traditionally considered abusive within fiduciary contracts, through analysis of law, jurisprudence and doctrine.

Among the clauses found to be definitively abusive, certain clauses can be found that establish the tacit acceptance of trustee accountability, those that found the unilateral will of the trustee as grounds for termination of the contract, and those, which, because of the solicitation of instructions, do not clarify the trustee responsibility. Finally, there are clauses establishing the prevalence of initial trustors' rights above those of adherent trustors.

Additionally, further clauses require a more detailed study, thusly under certain criteria, they may be found to be admissible. For example, these include the arbitration clauses, which can be permitted as long as they are not discriminatory, and allow the user to choose between the arbitration or formal justice, according to the possibilities. Also

* Artículo de Reflexión

are included those clauses that limit the liability of the trustee regarding technical aspects of real estate projects, in the understanding that these are issues beyond its scope, and provided that the trustee remains in charge of the duties of diligence and information that concern them regarding their role in the trust and the verification of preoperative conditions. Finally, investigations were made into clauses that have previously established the subsidiary mechanism for the investment of trust resources, as well as the censorship of these mechanisms – which has lost the precise normative support on which said censorship was built.

KEYWORDS

Abusive; Clauses; Infringement; Stipulations, Trust.

INTRODUCCIÓN

La fiducia como figura jurídica está esencialmente relacionada con la confianza que deposita el cliente en la rectitud, responsabilidad y diligencia de una entidad financiera (Circular Externa 029 [CE 029], 2014, Cap. I Tit. II Pt. II); en contraste, abusar implica propasarse, excederse, aprovecharse. En este sentido, el contrato de fiducia debería ser el escenario improbable de la indeseable forma de maltratar contractualmente al cliente con términos que defraudan su buena fe.

Recordemos que el contrato de fiducia es aquel por el cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Así mismo, que una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario, y solo las sociedades fiduciarias, autorizadas por la Superintendencia Financiera, podrán tener la calidad de fiduciarios (Código de Comercio [CCo], 1226, Art. 1232-1).

En general, una cláusula es abusiva cuando vulnera la buena fe contractual o genera un desequilibrio significativo que deriva en un injustificado beneficio de los intereses de la parte que impuso el contrato (Moreno, M., 2014, p.333). Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido como elementos característicos de este tipo de cláusulas la negociación no individual, la lesión a los requerimientos emergentes de la buena fe, y el

desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que las partes contraen (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001).

A su vez, el Estatuto del Consumidor las define como aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos (L. 1480, 2011, Art. 42). No obstante, no existe hoy una definición legal de este concepto para el sector financiero, el artículo 11 del Estatuto del Consumidor Financiero las prohíbe pero no las define (L. 1328, 2009, Art. 11)¹, y la reciente modificación integral a la Circular Básica Jurídica prescindió de la definición que existía específicamente para el contrato de fiducia².

Como se deriva de la prohibición de incluir cláusulas abusivas formulada por el Estatuto del Consumidor Financiero, el estudio de las cláusulas abusivas en los contratos financieros como la fiducia, se circunscribe exclusivamente a los contratos de adhesión, los cuales fueron definidos en el Estatuto del Consumidor Financiero (L. 1328, 2009, Art. 2-f) y la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014, Núm. 3.2. Cap. I Tit. II Pt. II).

De igual forma, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con mecanismos de tipo legislativo, administrativo y judicial para el control de cláusulas abusivas en el contrato de fiducia. El primero se concreta en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 que estableció un listado genérico de contenidos abusivos, y otorgó a la Superintendencia Financiera de Colombia³ la facultad de

1 - “Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: [...]” (Subrayado propio).

2 - “Se entiende por cláusulas abusivas aquellas que buscan reportar una ventaja para el proponente dejando al aceptante en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos.” Derogada Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Título V, Numeral 2.2.5.

3 - En adelante toda referencia a la “Superintendencia” o “Superintendencia Financiera” deben entenderse a la “Superintendencia Financiera de Colombia”.

puntualizar dicho listado. En ejercicio de tal facultad se expidió la Circular Externa 039 de 2011, reemplazada posteriormente por la Circular Externa 018 de 2016. Sin embargo, estas disposiciones se refieren principalmente al sector bancario y asegurador, y son escasas referencias a otro tipo de contratos financieros, como el de fiducia.

En tanto, el control administrativo puede ser *ex ante* o *ex post*. Es previa la aprobación del proyecto de contrato de adhesión que deben solicitar las fiduciarias (D. 663, 1993, 146-4), y posterior la facultad de sancionar el uso de modelos o la inclusión de modificaciones a los mismos sin previa autorización. Mientras que, el control judicial de las cláusulas abusivas en el contrato de fiducia consiste en la anulación, una estipulación debido a la ilicitud de su contenido por un juez, que para el caso, puede ser la Superintendencia Financiera actuando en las funciones jurisdiccionales que le otorgó la Ley 1480 de 2011 (L. 1480, 2011, Art. 57).

Como objetivo principal, se plantea reflexionar sobre el contenido de las cláusulas abusivas en escenario específico del contrato de fiducia, profundizando en las razones de su ilicitud; como objetivo específico se busca construir herramientas concretas que permitan al consumidor financiero, las sociedades fiduciarias y las autoridades competentes, identificar cuándo una cláusula resulta abusiva en el contrato de fiducia, potenciando la efectividad de los mecanismos de control contemplados en la legislación colombiana; así como también, analizar el alcance de la nueva regulación que se ha expedido al respecto⁴.

Este escrito se cuestiona si en efecto, son abusivas las cláusulas que han sido reiteradamente calificadas como tal en el contrato de fiducia, como se explicará en detalle a continuación, la respuesta es afirmativa para la mayoría de los casos. Lo anterior, a partir del estudio de la ley, la jurisprudencia y la doctrina; particularmente, de numerosos actos administrativos de autorización y sanción proferidos por la Superintendencia Financiera en relación con los contratos de adhesión en fiducia, así como del reporte de cláusulas abusivas fruto del trabajo de los Defensores del Consumidor Financiero. En este

sentido, la licitud de cada una de las cláusulas que se analizarán, ha sido cuestionada previamente en la práctica.

El estudio se justifica principalmente porque la entidad, que por su especialidad es la principal llamada a juzgar la equidad de las cláusulas que se consignan en los contratos de adhesión que utilizan las sociedades fiduciarias, se queda corta en explicaciones que ilustren su juicio y recurre frecuentemente a la autoridad que ostenta como principal argumento, dejando sin herramientas para realizar un análisis propio a las sociedades fiduciarias y al público en general. Por ejemplo, el reporte de cláusulas abusivas mencionado, que constituye una herramienta relevante para el estudio del tema, fue realizado y publicado por única vez en 2011, siendo imposible, incluso mediante solicitud personal, obtener información más actualizada⁵. En primer lugar, se estudiarán las cláusulas que eximen de responsabilidad a la fiduciaria, y en seguida aquellas que restringen o limitan los derechos de los consumidores.

1. CLÁUSULAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD A LA FIDUCIARIA

No hay dudas sobre la ilicitud de las cláusulas que exoneran a las sociedades fiduciarias de la responsabilidad que les es inherente. La cuestión versa sobre la distinción entre aquellos asuntos que son propios a la naturaleza de actividad, y aquellos que escapan de su control, y respecto de los cuales podría, válidamente, exonerarse de responsabilidad.

1.1. Cláusulas de exclusión de responsabilidad por aspectos técnicos en proyectos inmobiliarios

Entre las más frecuentes e inmortalizadas en cientos de contratos de fiducia inmobiliaria, se encuentran aquellas cláusulas que refieren que, toda vez que la fiduciaria no tiene la calidad de constructor, arquitecto o desarrollador, no responderá por ningún aspecto relativo a la edificación de las viviendas o locales comerciales de los que se trate, e igualmente que cualquier variación en el proyecto es única y exclusiva responsabilidad del constructor.

4 - Circular Externa 018 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

5 - Mediante derecho de petición de fecha 15 de septiembre de 2017 se le solicitó a la Superintendencia Financiera de Colombia información actualizada sobre el reporte de cláusulas abusivas realizada por los defensores del consumidor financiero de las sociedades fiduciarias del país, al cual se dio respuesta el 18 de octubre de 2017 denegando el acceso a la misma por considerarla privada. La misma petición fue dirigida a los defensores del consumidor financiero de manera directa, obteniendo como resultado respuestas evasivas, vacías y que negaban el acceso a la información bajo el mismo argumento.

Estas cláusulas han sido insistentemente consideradas abusivas por la Superintendencia (SFC, 2011b), acusadas de infringir el numeral 10.1.1 de la Circular Externa 039 de 2011, equivalente al numeral 6.1.4 de la nueva Circular Externa 018 de 2016 por implicar en su concepto una exoneración, atenuación o limitación indebida de responsabilidad. Esta entidad ha condenado estas estipulaciones contractuales por considerar que la insistencia de la fiduciaria en distanciarse en términos de responsabilidad del constructor es reprochable, en cuanto podría exonerar al fiduciario de obligaciones que éste asume en el contrato.

La participación de las sociedades fiduciarias en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, corresponde históricamente, a una necesidad del sector constructor que veía afectada su reputación y credibilidad en relación a incidentes en los cuales el empresario vendía sobre planos inmuebles que nunca llegaban a edificarse, sin que los recursos recaudados fuesen restituidos. El desarrollo de un proyecto inmobiliario es un proceso complejo desde el punto de vista comercial, financiero e incluso regulatorio, lo que reviste de incertidumbre la posibilidad de concretarlo. Se trata de riesgos que el usuario final no debe asumir, lo que en esencia justifica la presencia de un tercero fiable como las sociedades fiduciarias que medien por lo menos hasta que exista certeza sobre la viabilidad del proyecto.

Es preciso tener en cuenta que el rol de las sociedades fiduciarias en los proyectos de desarrollo inmobiliario no es siempre el mismo, lo que es esencial para determinar el alcance de la responsabilidad que debe asumir y la legalidad de cláusulas de exclusión. La fiduciaria se limitará a recaudar e invertir los recursos de los interesados en las unidades inmobiliarias, para entregarlos al constructor una vez cumplidas las condiciones pre operativas, si el contrato es de fiducia de preventa. La entidad extenderá su labor a la realización de los pagos derivados del proyecto durante todo su desarrollo y transferirá los inmuebles a los compradores si el contrato es de fiducia de tesorería; y si además se transfiere al fideicomiso el inmueble sobre el cual se adelantará el proyecto para respaldar las deudas adquiridas para financiarlo, se tratará de una fiducia de administración y pagos.

En este sentido, dependiendo del tipo de contrato de fiducia inmobiliaria que acompañe el proyecto constructivo y la etapa de desarrollo en que el mismo se encuentre, será diferente la responsabilidad de la

fiduciaria. Lo anterior, da lugar a que una de las obligaciones más relevantes de las fiduciarias involucradas en este tipo de negocios, consista en informar al usuario de manera expresa y destacada en qué consiste la gestión que desarrollará, de manera particular en relación con los negocios fiduciarios de preventas (CE 029, 2014, Núm. 3.4.7.2. Cap. I Tit. III Pt. I). Esto, en cuanto para un consumidor desprevenido, el anuncio de la participación de la fiduciaria puede ser suficiente motivo de confianza, a pesar de que en uno o en otro caso, la responsabilidad y acompañamiento de la misma pueden distar enormemente. La inobservancia de esta instrucción es considerada una práctica insegura, sujeta a las órdenes de corrección y saneamiento que emita la Superintendencia Financiera en ejercicio de sus facultades de prevención y sanción que le otorgó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (D. 663, 1993, Art. 326-5-a).

Además, la Circular Externa 029 de 2014, incluyó la obligación de las sociedades fiduciarias, de publicar en su página web los modelos de contratos de adhesión y de prestación masiva de fiducia inmobiliaria aprobados por la Superintendencia Financiera, con la indicación del número de radicación y la fecha de aprobación, y la cartilla informativa sobre fiducia inmobiliaria que expida dicha Superintendencia (CE 029, 2014, Núm. 3.4.7.1. Cap. I Tit. II Pt. II).

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquiera de las modalidades de fiducia inmobiliaria, la fiduciaria tiene la obligación de llevar a cabo procedimientos de control interno por medio de los cuales evalúe el riesgo y verifique aspectos fundamentales para la viabilidad del proyecto en cuestión, como que los terrenos en los cuales se va a construir hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de los requisitos legales, que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar el traspaso de las unidades resultantes a los futuros adquirientes, que el punto de equilibrio establecido por el fideicomitente no comprometa la viabilidad del proyecto, que se cuente con las licencias de construcción y permisos necesarios, que el constructor sea suficientemente solvente en relación con la magnitud del proyecto, y así mismo su capacidad técnica, administrativa y financiera, entre otros aspectos (CE 029, 2014, Núm. 5.2. Cap. I Tit. II Pt. II). Así, la fiduciaria es responsable, cuando menos, de verificar la viabilidad del proyecto y de comunicar al público de manera precisa el alcance de su participación en el mismo.

Además, si se trata una de fiducia inmobiliaria de preventas, deberá comprobar rigurosamente que las condiciones preoperativas estipuladas en el contrato sean plenamente cumplidas antes de liberar los recursos al constructor, las cuales suelen ser la consecución del punto de equilibrio (número mínimo de interesados en una unidad inmobiliaria), la obtención de las licencias necesarias y la aprobación del crédito constructor, al cumplimiento de las cuales el proyecto se considera viable. Nótese que no cabe responsabilidad alguna de la fiduciaria, si el constructor durante el plazo establecido para aquello, no obtiene la totalidad de las condiciones preoperativas y el proyecto se hace inviable; en cambio sí, si la fiduciaria es negligente en la verificación del cumplimiento de las condiciones, o a pesar de haberse cumplido éstas, el proyecto es inviable por algún aspecto que la fiduciaria debía conocer; como la afectación del terreno por un vicio insaneable, no obstante lo cual, libera los dineros al desarrollador del proyecto.

En caso de que se trate de contratos que trascienden la etapa de preventas, las obligaciones de la fiduciaria se centran en la administración de los recursos, pues en este caso, una vez alcanzadas las condiciones preoperativas, éstos no se liberan al constructor sino a un patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria, y en este sentido, su responsabilidad consiste en realizar los giros de acuerdo con lo estipulado en el contrato y asegurarse de que no estén siendo desviados de su finalidad, que es el desarrollo del proyecto. De modo que, difícilmente podría endilgarse alguna responsabilidad a la fiduciaria por la calidad de la construcción o daños estructurales en la misma; caso diferente, si la administración de los recursos fue negligente, o la fiduciaria no detectó, estando en capacidad de hacerlo, que los recursos estaban siendo desviados de su finalidad.

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha establecido cómo una cláusula de exclusión es válida en cuanto verse en aspectos que genuinamente escapan del control de la entidad que la impone (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001), se concluye que no es abusiva la estipulación mediante la cual la fiduciaria separa su responsabilidad de la del constructor, el arquitecto, y el desarrollador. La Superintendencia Industria y Comercio (2014), el Consejo de Estado (CE, Exp. 7450, 1996) e incluso la misma Superintendencia Financiera en documentos extraoficiales (SFC, s.f. a; SFC, s.f. b), han reconocido que sin perjuicio de las responsabilidades que efectivamente le atañen, tal como

se explicó, no cabe ninguna responsabilidad al fiduciario por aspectos puramente técnicos o constructivos, por lo que no se explica por qué este tipo de cláusulas han sido calificadas como abusivas tan reiteradamente (SFC, 2011b).

La recomendación constante al usuario, es indagar sobre las calidades del constructor, pues esencialmente de las capacidades de aquel, dependerá el desarrollo satisfactorio del proyecto inmobiliario, no obstante o a pesar del desempeño correcto de la fiduciaria.

1.2. Cláusulas que ponen en suspenso la responsabilidad de la fiduciaria mientras la Superintendencia Financiera emite instrucciones

En virtud del literal 5 del artículo 1234 del Código de Comercio, las sociedades fiduciarias tienen no solo la posibilidad, sino el deber indelegable, de pedir instrucciones a la Superintendencia cuando tengan fundadas dudas acerca de la naturaleza y el alcance de sus obligaciones, o deban apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo. Con base en esta disposición, se han incluido en los contratos, estipulaciones mediante las cuales la fiduciaria se exime del cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con el aspecto consultado mientras se imparten las instrucciones solicitadas.

Se trata de una norma que da lugar a varias anotaciones, la principal de estas, relativa a la ineficiencia de una norma que coloca a la autoridad administrativa en la embarazosa posición de asumir el encargo de proferir recomendaciones sobre un negocio fiduciario que desconoce, las cuales, como un hecho subsecuente, neutralizan la responsabilidad de la fiduciaria, la cual en caso de controversia, no dudará en invocar alguna suerte de "principio de obediencia". De manera que a pesar de las buenas intenciones del legislador, al querer dotar a las entidades fiduciarias de un *master sensei* que les iluminará el camino ante la grave duda, la práctica desembocó en una negativa reiterada por parte de la Superintendencia en atender este tipo de solicitudes.

En repetidas ocasiones, siempre sobre el pilar establecido por el Oficio 1998009250-1 del 13 de julio de 1998, la Superintendencia ha expresado cómo el deber del fiduciario de pedir instrucciones a dicho organismo no puede entenderse como un procedimiento extrajudicial ni como mecanismo para dirimir controversias de carácter contractual ni para corregir

conflictos y situaciones anómalas derivadas de la falta de diligencia del fiduciario o incumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, no procede la solicitud de instrucciones frente a un negocio jurídico particular (SFC, 1998009250-1, 1998).

Máxime cuando la fiduciaria tiene a su alcance otras formas de esclarecer sus dudas, pues antes de solicitar instrucciones, el fiduciario debe recurrir a los criterios legales de interpretación de los contratos previstos en el Código Civil, así como a los diferentes mecanismos obligatorios previstos por las partes para dirimir sus diferencias, o para precisar el real sentido y alcance de sus derechos y obligaciones (SFC, 96010745-1, 2016).

Recalca además la Superintendencia, que sus instrucciones no están destinadas a subsanar deficiencias, vacíos o contradicciones que existan en los contratos ni la falta de previsión de las sociedades fiduciarias ni deficiencias en su deber de asesoría en la redacción de los contratos (SFC, 2007062835-003, 2007). Dicha posición ha sido consistente con la aprobación reiterada de modelos de contrato, con la condición mandataria de eliminar la fracción final de una cláusula que exime a la fiduciaria del cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con el aspecto consultado, hasta tanto se impartan las instrucciones solicitadas por parte de la Superintendencia.

En efecto, difícilmente es posible encontrar una cláusula que ejemplifique mejor la disminución o elusión ilegítima de la responsabilidad de las fiduciarias (SFC, Rad. 2012069443-004, 2013); ello por cuanto, tal como lo indica la Superintendencia, aquello carece de todo sustento legal (SFC, Rad. 2012069443-004, 2013) y por el contrario, el artículo 1234 del Código de Comercio dispone entre los deberes indelegables e inexcusables del fiduciario, el de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, pilar fundamental de cualquier contrato de este tipo.

El carácter indelegable de tales deberes, hace ilegítima cualquier estipulación que tenga como propósito transferir estos a terceras personas, pues constituyen la razón de ser del fiduciario, entendiendo por terceros al fideicomitente, al beneficiario e incluso la misma Superintendencia. Recordemos, que la responsabilidad del fiduciario debe corresponder a los más altos estándares de diligencia, por tratarse del desarrollo de

una actividad que involucra la confianza del público en el sistema financiero (SFC, 96041669-5, 1997). Además, como lo ha anotado la jurisprudencia arbitral, la obligación profesional del fiduciario de actuar de forma leal y prudente durante toda la vida de los contratos, es inherente al contrato de fiducia (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2004; Superintendencia Financiera de Colombia, 2007062835-003, 20).

Al respecto, resulta pertinente tener en cuenta cómo la Corte Suprema de Justicia ha expresado que las cláusulas de exclusión de responsabilidad pueden ser válidas, en la medida en que versen sobre aspectos que genuinamente escapen al control de la entidad (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001); que no es el caso de los deberes del fiduciario, los cuales le conciernen en absoluto. Además, la Corte Constitucional ha insistido en que el carácter abusivo de las cláusulas que trasladan al adherente o a un tercero que no sea parte en el contrato la responsabilidad del predisponente, contradice las normas imperativas que establecen un régimen legal de responsabilidad (CC, C-H42, 2000).

La relevancia de los deberes indelegables del fiduciario, y el carácter ininterrumpido de su obligación de actuar leal y prudentemente respecto al encargo que se les realizó, otorgan un carácter abusivo, a toda estipulación que pretenda recortar el alcance de su responsabilidad. Particularmente, cuando la Superintendencia ha insistido en las grandísimas limitaciones que tiene su facultad de otorgar instrucciones con base en el numeral 5 del artículo 1234 del Código de Comercio. Por lo que sin lugar a dudas, esta estipulación contractual debe ser excluida de los contratos con los consumidores, por su carácter abiertamente abusivo.

2. CLÁUSULAS QUE LIMITAN Y CONDICIONAN LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

La segunda gran clasificación de cláusulas abusivas, corresponde a aquellas que limitan o condicionan injustificadamente los derechos que la ley les ha otorgado a los consumidores financieros. Es claro que este tipo de disposiciones son de orden público, en razón a lo cual, no existe una justificación loable para anular mediante estipulaciones contractuales, las prerrogativas que el ordenamiento le otorgó a quienes considera merecedores de ésta particular protección; a continuación, consideraciones sobre algunas de ellas.

2.1. Cláusulas que limitan los derechos de los consumidores financieros

Entre las cláusulas que limitan los derechos de los consumidores financieros, se destacan aquellas en virtud de las cuales, las rendiciones de cuentas que rinda el fiduciario se entenderán aceptadas en un plazo determinado de días hábiles siguientes a la fecha de su recibo, si el fideicomitente no se pronuncia al respecto; las que sobreponen los derechos de los fideicomitentes iniciales sobre los de los demás fideicomitentes, y las que imponen el arbitramento como mecanismo único de resolución de conflictos.

2.1.1. Cláusulas que establecen un plazo perentorio para la aceptación de las rendiciones de cuentas

Rendir cuentas comprobadas de su gestión cada seis meses, es un deber indelegable del fiduciario contemplado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en relación al cual, la Superintendencia ha considerado abusivas todas aquellas cláusulas que establecen un plazo perentorio para su aceptación. Así lo ha hecho en numerosas resoluciones de autorización de modelos de contrato, las que han otorgado el aval solicitado, siempre y cuando se elimine la estipulación en virtud de la cual, las rendiciones de cuentas se entenderán irremediamente aceptadas por el fideicomitente si dentro un plazo determinado de días hábiles siguientes a la fecha de su recibo, la fiduciaria no recibe pronunciamiento alguno de su parte sobre las mismas (SFC, Rad. 2012047074-008, 2013; Rad. 2011094914-015, 2012; Rad. 2011052147-001, 2013).

Así, en el concepto de la Superintendencia, es abusivo establecer un plazo determinado para que el fideicomitente se pronuncie respecto del contenido de la rendición de cuentas, luego del cual se entenderán aceptadas las operaciones allí incluidas (SFC, Rad. 2012047074-008, 2013; Rad. 2011052147-001, 2013).

Lo anterior, en los términos de la Circular Externa 039 de 2011, que expresamente censuraba como abusivo el contenido de este tipo de cláusulas. La Circular Externa 018 de 2016, que reemplazó a la Circular Externa 039 de 2011, eliminó la prohibición en tales precisos términos, aunque bien podría entenderse incluida en el numeral 6.1.6.1, que dispone que revisten el carácter de abusivas aquellas cláusulas que "le imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos o límites temporales para presentar quejas o reclamos en desconocimiento de los establecidos en la ley, así como las estipulaciones que

restrinjan o limiten la forma de interponerlos, salvo que los plazos o límites legales se modifiquen en beneficio del consumidor financiero" (Circular Externa 018, 2016, Núm. 6.1.6.1).

Visto desde la perspectiva de la fiduciaria, el interés parece recaer en la aspiración de cerrar de manera definitiva cada seis meses el capítulo, mediante la rendición de cuentas con la periodicidad que exige la ley, concediendo seguridad jurídica a sus actuaciones subsiguientes. Desde el punto de vista del consumidor, sujeto de protección especial de la ley, el propósito de rechazar este tipo de disposiciones, es evitar que se limite en el tiempo su derecho como fideicomitente o beneficiario a recibir una adecuada rendición de cuentas, en relación con el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario, el de hacer efectiva la responsabilidad por su incumplimiento, ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, entre otros.

Lo que se encuentra en juego, no es el cumplimiento del deber de rendir cuentas como tal, pues el procedimiento mediante el cual debe llevarse a cabo se encuentra suficientemente detallado la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014, Núm. 6.1.4. Cap. I Tit. II Pt. II), y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (D. 663, 1993, 153-k; 55-a, b, c). La rendición de cuentas se puede surtir a través del envío del documento respectivo al interesado, cuyo contenido detallado se relaciona en la Circular Externa 029 de 2014 (CE 029, 2014, Núm. 6.1.4. Cap. I Tit. II Pt. II), y sobre aquello no hay debate alguno.

El fiduciario puede cumplir su deber de rendir cuentas mediante el simple envío a la dirección correspondiente, de un documento con el contenido indicado, sin que se haga ninguna exigencia específica en relación con la aceptación de las mismas. Lo cierto es que dependiendo del tipo del fideicomiso, los fideicomitentes pueden ser pocos y muy cercanos a su desarrollo, o muchos y más bien ajenos a su progreso, como aquellos resultantes de un proceso de liquidación. De manera que, en determinados escenarios es factible toparse con fideicomitentes pasivos y desinteresados que repentinamente despierten interés, sobre asuntos respecto de los cuales se rindió cuentas en el pasado, sin que se hubiese hecho ninguna observación al respecto. Entonces, aunque la fiduciaria ha dado cumplimiento a sus deberes, se vería en la obligación de devolverse en el tiempo y resolver las inquietudes de aquel fideicomitente, por antiguas que resulten.

Se trata de un conflicto figurado entre el interés de la fiduciaria de dar seguridad jurídica a sus actuaciones, especialmente a las cuentas rendidas en un tiempo considerablemente alejado al presente, y los derechos del beneficiario a impugnar los actos anulables de la fiduciaria, y como fiduciante a ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, especialmente cuando éstas dos calidades suelen converger en una misma persona.

Sin la posibilidad de establecer un término perentorio para la solicitud de explicaciones o aclaraciones a la rendición de cuentas realizada por la fiduciaria, que además suele ser cortísimo en comparación con el periodo sobre el cual versan, la fiduciaria podría (i) acudir ante un juez en el marco del artículo 379 del Código General del Proceso para llevar a cabo una rendición provocada de cuentas, mediante la cual se busque que sea el juez quien apruebe las cuentas, la que puede ser una opción a considerar dependiendo de la cuantía de los bienes que se administran, o (ii) esperar a que surta efectos la prescripción extintiva que para el caso de las acciones ordinarias en los términos del artículo 2536 del Código Civil, tiene lugar en 10 años. No obstante, según lo dispone el artículo 1235 del Código de Comercio, el beneficiario cuenta con 5 años, contados desde el día en que conoce el acto que da origen a la acción, para impugnar los actos anulables por el fiduciario y exigir la devolución de los bienes dados en fiducia a quien corresponda, lo que acorta el término para unas circunstancias específicas.

Por el contrario, el consumidor financiero al cual se le impone un término perentorio para objetar rendición de cuentas remitida, so pena de entenderla aceptada, pierde el derecho a formular cualquier reclamo, y a diferencia del fiduciario, queda sin alternativas, ni cortas, ni largas.

En virtud de lo anterior, se explica que la Superintendencia prefiera la protección del consumidor financiero y considere abusivas esta clase de estipulaciones. Podrían contemplarse opciones intermedias como que el término perentorio fuese equivalente al periodo de tiempo sobre el cual versan las cuentas, de modo que la siguiente rendición dote de perennidad a su antecesora; sin perjuicio de lo cual, en el marco de las leyes y reglamentaciones vigentes y aplicables, la estipulación estudiada es abusiva.

2.1.2. Cláusulas que establecen la prevalencia de los derechos de los fideicomitentes iniciales

Por supuesto, en materia de limitación a los derechos de los consumidores financieros resultan imprescindibles aquellas cláusulas mediante las cuales se diferencia entre dos tipos de fideicomitentes, de los cuales uno resulta claramente privilegiado en relación con los derechos que se restringen al otro. Se ahondará sobre la legalidad de las estipulaciones que establecen que solo los "fideicomitentes iniciales" pueden impartir instrucciones a la fiduciaria, prorrogar o terminar el contrato, así como revisar y aprobar las rendiciones de cuentas. Se encuentra que la inclusión de este tipo de cláusulas suele justificarse en un presunto derecho de representación otorgado por los demás fideicomitentes a favor de los "fideicomitentes iniciales", que les confiere una suerte de vocería sin explicar porque no tienen todos los mismos derechos, o los tienen pero en cuerpo ajeno (SFC, Res. 070, 2007).

Las explicaciones se tornan especialmente complejas cuando se encuentran en juego los derechos de un grupo de consumidores financieros, frente a los cuales prevalecen los derechos de los fideicomitentes que tuvieron la posibilidad de negociar el contrato y beneficiarse. Por ejemplo, los contratos de fiducia de inversión o inmobiliaria, suelen ser negociados término a término entre un grupo inicial de fideicomitentes y la fiduciaria, quienes además de los derechos y obligaciones propias, regulan los derechos y obligaciones que asumirán los demás fideicomitentes, quienes se vincularán posteriormente al contrato.

Recordemos que en el contexto de los contratos de adhesión, se espera que las partes que efectivamente tuvieron la posibilidad de discutir los términos se comporten respecto a los que no, como si hubiesen recibido de aquellos un mandato con la instrucción especial de concretar para ellos las estipulaciones más justas posibles.

Por supuesto, no puede la fiduciaria excusarse de responder por el contenido de estos contratos, pues es sobre aquella que recae la obligación legal de presentar a la autoridad administrativa los contratos que puedan revestir el carácter de adhesión frente a un grupo de fideicomitentes; sin perjuicio, de que el mismo se haya estructurado en colaboración con los interesados o fideicomitentes iniciales. El fiduciario es el profesional y quien tiene el deber de conocer concienzudamente las normas que regulan la estructuración de los negocios

fiduciarios, luego es principalmente sobre aquel que recae la responsabilidad de respetar el ordenamiento jurídico y salvaguardar los derechos de los participantes.

Ahora bien, el margen de configuración en el negocio fiduciario es tan amplio que es perfectamente viable que existan diversas clases de fideicomitentes con obligaciones y derechos que disten sustancialmente en su contenido, de acuerdo con los aportes que realicen, su interés en el fideicomiso, y el beneficio que espere. Entonces es lícito, y de hecho bastante frecuente, que existan fideicomitentes que soporten una carga obligacional más fuerte, por ejemplo, porque unos son encargados del desarrollo del proyecto inmobiliario y otros que se obligan simplemente a realizar determinados aportes y adquieren obligaciones casi nulas a cambio de un beneficio previamente determinado.

De hecho, es una dinámica usual en el mercado; algunas personas tienen conocimiento sobre alguna determinada actividad, otras tienen el capital o requieren el producto o servicio que se obtiene. De modo que se podría entender que existen escenarios en los cuales las partes acuerden regímenes de obligaciones asimétricos, incluso en los contratos de adhesión, los cuales habiendo sido evaluados por la Superintendencia, podrían encontrarse completamente exentos de estipulaciones abusivas. Todo lo anterior, en cuanto no se vulneren los derechos básicos que el Código de Comercio otorgó a los fideicomitentes y beneficiarios, los que sin duda constituyen un límite infranqueable.

Los derechos de los fideicomitentes y beneficiarios fueron establecidos en la ley comercial, igual que los deberes indelegables del fiduciario. En consecuencia, toda vez que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las cláusulas que restrinjan el ejercicio de los derechos que el legislador ha establecido para los consumidores son abusivas, toda vez debe tenerse en cuenta que el legislador ya hizo una ponderación de las circunstancias para el caso y decidió luego; las cláusulas que sobrepasen dicho límite se revestirán de un manto de visible abusividad (CSJ, SCC, Ex. 1996-10274, 2005).

En este sentido, en el marco de la autonomía de la voluntad, los fideicomitentes iniciales podrían reservarse ciertas prerrogativas como la de impartir instrucciones sobre los bienes que ellos aportaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero del artículo 1236 del Código de Comercio y otros derechos que superen lo

establecido en la norma, siempre que no implique el desmedro de los derechos de los demás fideicomitentes, como el de los beneficiarios de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones (CCo, 2017, Art. 1232-1), y por supuesto, que se preserve la finalidad del fideicomiso.

En relación al derecho de los beneficiarios de exigir la rendición de cuentas y del deber de la fiduciaria de brindarlas, debe recordarse que se trata de una cuestión inalienable; luego hará falta algo más que un supuesto derecho de representación para explicar porque a algunos de los fideicomitentes no se les suministran explicaciones sobre las cuentas del fideicomiso. El artículo 1505 del Código Civil define la representación como lo que una persona ejecuta en nombre de otras estando facultada por ella, o por la ley, para representarla produciendo respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo. Entonces, en teoría, la fiduciaria cumpliría con su deber al rendir cuentas a los fideicomitentes iniciales quienes las reciben en nombre propio y en representación de los adherentes.

No obstante, la simple invocación de la comisión mencionada no es suficiente pues no existe una facultad otorgada por el representado o por ley, tal como esta última lo exige. En este caso, de la mera adhesión de los nuevos fideicomitentes al contrato, toda vez que es pura y simple respecto a todos los elementos del contrato, no puede derivarse ligeramente el otorgamiento de la facultad de representación a favor de los fideicomitentes iniciales. De hecho, aunque la representación fuese expresa y no fruto de una interpretación conveniente, no podría dicha estipulación ser válida y oponible al fideicomitente adherente.

En efecto, una cláusula puede ser perfectamente lícita desde el punto de vista formal pero abusiva en relación al fin que persigue el predisponente, tal como el de asegurarse una posición dominante en el contrato. No es necesario que una cláusula reporte ventaja económica en el contrato para ser abusiva, basta que otorgue ventaja de cualquier índole para el predisponente. Entonces, es suficiente que el adherente quede en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o reclamo de sus derechos (Arrubla, J. 2015). Mediante la estipulación en comento, los fideicomitentes iniciales aseguran para sí una posición dominante e injustificada que le impide al adherente conocer el estado real del negocio al cual se ha vinculado, evitando reclamaciones, o cuando menos, una

solicitud de explicaciones que es lo menos a lo que podría tener derecho quien realiza aportes indispensables para la viabilidad de un proyecto.

Respecto a la facultad que los fideicomitentes iniciales se reserven para prorrogar o dar por terminado el contrato, lo esencial es no perder de vista que el contrato de fiducia tiene la vocación de permanecer vigente durante el tiempo que sea necesario para cumplir el objeto por el que fue concebido; las demás causales de extinción del negocio fiduciario establecidas en el artículo 1240 del Código de Comercio, son situaciones excepcionales, como la imposibilidad absoluta de llevar a cabo los fines del fideicomiso o la declaración de nulidad del acto constitutivo. Así todas las causas enumeradas en esta disposición tienen como atributo común que escapan a la voluntad del fideicomitente, pues para extinguir los efectos del contrato no basta su voluntad de hacerlo.

Sin embargo, considerando que tanto unos como otros tengan la doble calidad de fideicomitentes y beneficiarios, como lo contempló el artículo 1226 del Código de Comercio, y además es usual, pueden los beneficiarios y fideicomitentes de mutuo acuerdo darle fin al contrato. Es en este escenario, la supuesta representación que los fideicomitentes iniciales pretenden subrogarse en relación a los fideicomitentes adherentes, teniendo la potencialidad de anular la voluntad de los últimos. La intención del legislador fue hacer imprescindible la voluntad de todos quienes tienen la expectativa de beneficiarse del fideicomiso para darle fin al mismo, lo que implica la aprobación de todas las categorías de beneficiarios y fideicomitentes que el mismo tenga. Por ende, la cláusula que estipule lo contrario, resulta en una innegable limitación a los derechos de los fideicomitentes adherentes, que en tal virtud reviste un evidente carácter de abusivo.

En suma, no son *per se* abusivas las cláusulas mediante las cuales se establecen derechos y obligaciones diferentes para una o más clases de fideicomitentes o beneficiarios, pues la asimetría puede sin duda verse justificada en la naturaleza de los aportes que realizan y los beneficios que esperan del fideicomiso. La ilicitud de la estipulación se materializa cuando por medio de aquella se priva a una porción de los fideicomitentes de los derechos básicos e inalienables que le otorgó la ley comercial al adherente, y que son inherentes a la fiducia, como el hecho de que se requiera de su voluntad para prorrogar o terminar el contrato, así como revisar y aprobar las rendiciones de cuentas.

2.1.3. Cláusulas que imponen el arbitramento como mecanismo único de resolución de conflictos.

El carácter abusivo de las cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión es un tema habitualmente pacífico; al respecto, la Corte Constitucional no ha dudado en condenar las cláusulas que obligan al adherente a acudir a la justicia arbitral, toda vez que limitan el acceso a la justicia y desestimula el litigio en cuanto se trata de una justicia onerosa (CC, C-60, 2001). Estas cláusulas son consideradas como abusivas, en la medida en que el consumidor se ve forzado a comparecer a un tribunal arbitral careciendo de los recursos para costearlo, lo que le limita drásticamente su acceso a la justicia (Moreno, M. 2014, p. 348).

Resulta particularmente censurable en los contratos con consumidores financieros, pues el sector cuenta con instancias y mecanismos de resolución de conflictos eficaces y calificados, tales como el defensor del consumidor financiero y las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera que le otorgó la Ley 1480 de 2011, los cuales se han caracterizado por obtener tiempos breves de respuesta. En consecuencia, toda vez que es perfectamente posible obtener una respuesta pronta y especializada, haciendo uso de los mecanismos de la justicia ordinaria, escasean las razones válidas para establecer un mecanismo alternativo de resolución de conflictos tan sofisticado y oneroso como el arbitraje en los contratos de adhesión.

El pacto arbitral ha sido un ejemplo tradicional del tipo de estipulaciones contractuales que han sido consideradas abusivas en la medida en que prevén o implican la limitación o la renuncia de los consumidores financieros al ejercicio de sus derechos, en virtud del numeral 10.1.2 de la Circular Externa 39 de 2011, hoy numeral 6.1.1.2 de la Circular Externa 18 de 2016; concretamente, cuando se establece la obligación de utilizar de manera exclusiva determinado mecanismo alternativo de resolución de conflictos, limitando el derecho a utilizar otros mecanismos ordinarios o alternos (SFC, Rad. 2011052147-001, 2013).

Luego, lo verdaderamente censurado en estas cláusulas es el carácter exclusivo del arbitramento como mecanismo de resolución de conflictos excluyente. Es válido estipular la justicia arbitral como alternativa, siempre que a elección del consumidor también sea posible acudir a los mecanismos de orden legal y ordinario mencionados. Por el contrario, la cláusula reforzará su carácter abusivo, en cuanto además de

establecer el mecanismo arbitral, fije la sede del mismo en una ciudad diferente a aquella en la que se desarrolla el contrato o de donde se ubica el domicilio del consumidor financiero, bajo pretexto, por ejemplo, de situarse allí las oficinas principales del fiduciario (Medina, A. s.f., p. 17).

Es así como, a pesar de tratarse una cláusula cuyo carácter ilícito suele darse por sentado, siempre hace falta entrar en los detalles de lo estipulado a la hora de establecer si efectivamente debe ser excluida de un clausulado determinado por su carácter abusivo.

2.2. Cláusulas que condicionan los derechos del consumidor financiero

Han sido recurrentes dos tipos de cláusulas que condicionan los derechos del consumidor financiero en el contrato de fiducia: las que establecen por el consumidor el mecanismo subsidiario de inversión de los recursos disponibles en el fideicomiso, y aquellas que establecen como causal de terminación del contrato la exclusiva voluntad del fiduciario.

2.2.1. Cláusulas que establecen previamente el mecanismo subsidiario de inversión de los recursos disponibles en el fideicomiso

Una típica limitación a los derechos de los consumidores financieros, o por lo menos así lo consideró durante años el legislador, consistía en señalar en los formularios preimpresos mediante los cuales se vinculaban los adherentes de contratos de fiducia, la cartera colectiva a donde se direccionaban los recursos del fideicomiso que requieren un tiempo para cumplir con su finalidad, contradiciendo la obligación de disponer de este espacio en blanco para que el consumidor fuese quien decidiera libre e irrestrictamente el mecanismo de inversión, aunque en la gran mayoría de casos terminase por ser la cartera colectiva sugerida por el fiduciario. La Superintendencia misma reiteró la necesidad de eliminar el nombre de la cartera colectiva preimpresa, instando a dejar en blanco este espacio en el formulario (SFC, Rad. 2012069443-007, 2013).

De acuerdo con el artículo 109 del derogado Decreto 2175 de 2007, la destinación de los recursos recibidos para inversión solo podía ser establecida de manera expresa por el fideicomitente, y el mecanismo subsidiario no podría hallarse previamente establecido en los modelos de contrato que se utilicen (SFC, Rad. 201105 2147-001, 2013). En el concepto de la Superintendencia

Financiera, la fiduciaria podía sugerirle al fideicomitente el mecanismo de inversión más idóneo según sus características y las condiciones del contrato, pero no establecer de manera previa dicho vehículo de inversión, pues debe prevalecer el derecho del consumidor financiero a elegir sin coacción (SFC, Rad. 2011094914-004, 2012).

Al respecto, la Circular Básica Jurídica aun establece que la forma de inversión de los recursos recibidos solo puede ser establecida por el fideicomitente de manera expresa (CE 029, 2014, Núm. 5.1.2. Cap. I Tit. II Pt. II), por lo que el mecanismo subsidiario de inversión consagrado en el numeral 3 del artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (modificado por el derogado artículo 109 del Decreto 2175 de 2007), no puede hallarse preimpreso en los modelos de contrato que se utilicen para instrumentalizar la respectiva relación jurídica; referencia que resulta extraña, pues la norma referida fue derogada por el Decreto Único Reglamentario (D. 2555, 2010).

El objetivo de la norma derogada era que la destinación de los recursos del fideicomiso se hiciera de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente y no de manera discrecional por el fiduciario (Varón, J. & Abella, G. 2013, p. 23). Sin embargo, ahora que ha sido dejada sin efectos la norma puntual sobre la cual la Superintendencia Financiera edificó los pronunciamientos que establecieron a esta limitación como abusiva, y toda vez que contrario a lo que era de esperarse la disposición no cuenta con un equivalente en la nueva normativa, vale la pena aguardar para observar si ésta continuará siendo descalificada con fundamento exclusivo en la Circular Externa 18 de 2016 y la Ley 1328 de 2009, debido a que constituye una limitación a los derechos del consumidor.

2.2.2. Cláusulas que establecen como causal de terminación del contrato la exclusiva voluntad del fiduciario

Por último, resulta inaceptable que una sociedad fiduciaria incluya en un contrato de adhesión, estipulaciones de terminación unilateral del contrato a su favor, sin establecer causales objetivas para el ejercicio de tal facultad. Esto en la medida en que, si la validez de este tipo de cláusulas aún se debate respecto a los contratos de libre discusión (Molina, R. 2009), no caben dudas sobre su ilicitud en el marco de los contratos de adhesión con consumidores, especialmente aquellos en los cuales se encuentra vinculada una entidad financiera, tal como lo ha manifestado la Superin-

tendencia Financiera (SFC, Rad. 2012069443-004, 2013; Rad. 2012069443-004, 2013).

El artículo 1232 del Código de Comercio dispone que el fiduciario solo podrá renunciar a su gestión por los motivos expresamente estipulados en el contrato, y a falta de tal, se presumirán como causas justificativas que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo, que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones estipuladas a favor del fiduciario, o que el fiduciante, sus causahabientes, o el beneficiario, se nieguen a pagar dichas compensaciones. Además, incluso en estos casos, la renuncia de la fiduciaria debe ser autorizada previamente por el Superintendente Financiero.

Vale mencionar que, debido al carácter plurilateral del contrato de fiducia, en teoría, la terminación unilateral por parte del fiduciario extingue exclusivamente su vínculo con el fideicomitente y el beneficiario, quedando vigente el vínculo contractual entre éstos últimos. No obstante, la participación del fiduciario es inherente y es esencial en el negocio; después de todo, el contrato se ha celebrado en razón a la confianza que las partes han depositado en esta institución. La fiduciaria debe comprometer su responsabilidad y dar fin a su participación únicamente ante la existencia de causales objetivas y razonables.

La incertidumbre que involucra la posibilidad de que la fiduciaria pueda retirarse sin explicación alguna, es contraria a la naturaleza de un negocio basado en la confianza. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que toda cláusula que contradiga la naturaleza del contrato en la cual ha sido estipulada, tiene un carácter eminentemente abusivo, como cuando una aseguradora "agrava -sin contrapartida- las condiciones en que los usuarios pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de 'pagar el siniestro'" (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001).

En suma, tratándose de un acto que involucra la esencia del negocio fiduciario y la confianza del público en las entidades que lo desarrollan, al punto que el mismo requiere autorización de la Superintendencia Financiera, es claro que la renuncia del fiduciario no puede siquiera en virtud de una estipulación contractual quedar a su arbitrio, mucho menos cuando el mismo hace parte de un contrato de adhesión. De esta manera, se explica que la Superintendencia Financiera se niegue consistente-

mente a aprobar modelos contractuales que incluyan cláusulas de terminación unilateral por parte del fiduciario, sin causales objetivas que lo habiliten para aquello, por considerarlas de tipo abiertamente abusivo.

CONCLUSIONES

En síntesis, las cláusulas que eximen de responsabilidad al fiduciario serán válidas en cuanto versen sobre aspectos que se encuentren genuinamente fuera de su alcance. En consecuencia, no son abusivas las cláusulas que excluyen la responsabilidad de la fiduciaria por aspectos estrictamente relativos a la calidad de los bienes que se edifiquen en el desarrollo de un contrato de fiducia inmobiliario; esto, sin perjuicio de la responsabilidad que le es inherente y de aquellas obligaciones particulares que el ordenamiento jurídico le impone con relación a este tipo de contratos.

Así, son prohibidas por su carácter abusivo las estipulaciones que resulten de la evasión directa o tácita de la responsabilidad del fiduciario con relación al cumplimiento de los deberes indelegables que le ha atribuido la legislación comercial a estas entidades, toda vez que ésta constituye la razón de ser del negocio fiduciario. Mientras que aquellas ponen en suspenso la responsabilidad del fiduciario, la Superintendencia Financiera da respuesta a una solicitud de instrucciones elevada conforme al literal 5 del artículo 1234 del Código de Comercio.

Igualmente, constituyen una limitación ilícita a los derechos del consumidor financiero aquellas cláusulas a través de las cuales se le impone a aquel, un término perentorio para pronunciarse sobre la rendición de cuentas, después de la cual se le otorga a su silencio efectos de aceptación tácita y tiene como consecuencia para el fideicomitente perder el derecho a formular reclamos o solicitar explicaciones a la fiduciaria.

Entre tanto, no serán *per se* abusivas las cláusulas mediante las cuales se establecen derechos y obligaciones diferentes para una o más clases de fideicomitentes o beneficiarios, pues la asimetría puede verse justificada en la naturaleza de los aportes que realizan y los beneficios que esperan del fideicomiso. El carácter abusivo de estas cláusulas, se materializa cuando por medio de aquellas se priva a una parte de los fideicomitentes de los derechos básicos e inalienables que le otorgó la ley comercial a dicha categoría contractual como el de impartir instrucciones a la

fiduciaria sobre los bienes aportados, decidir sobre la duración del contrato, y recibir la rendición de las cuentas.

Así mismo, no toda cláusula arbitral en un contrato de adhesión con consumidores fiduciarios es abusiva, el reproche a la mismas se basa en el carácter exclusivo y excluyente del arbitramento como mecanismo de resolución de conflictos. En este sentido, es válido estipular la justicia arbitral como alternativa, siempre que a elección del consumidor, también sea posible acudir a los sistemas de resolución de conflictos de orden legal y ordinario.

Más aún, es incierto el carácter abusivo de las estipulaciones mediante las cuales se impone un mecanismo alterno de inversión de los recursos del fideicomiso por parte del fiduciario, pues la norma con base en la cual solía fundamentarse su carácter prohibido fue derogada. No obstante, es posible que ésta continúe siendo descalificada como tal con fundamento en las normas vigentes, por constituir una limitación a los derechos del consumidor.

Por el contrario, es absolutamente abusiva toda estipulación que le otorgue al fiduciario la facultad de terminar unilateralmente el contrato a su arbitrio, sin establecer causales objetivas que lo habiliten para ejercer tal prerrogativa, pues se trata de un acto que involucra la esencia del negocio fiduciario y la confianza del público en las entidades que lo desarrollan, al punto que el mismo siempre debe ser autorizado por la Superintendencia.

En conclusión, en la mayoría de casos, las cláusulas que han sido calificadas como abusivas en el contrato de fiducia en efecto lo son. Sin embargo, en casos como las cláusulas que exoneran al fiduciario de responsabilidad respecto a los aspectos técnicos de un proyecto inmobiliario, aquellas mediante las cuales se establecen regímenes obligacionales asimétricos para diferentes tipos de fideicomitentes y las que establecen la posibilidad de acudir al arbitramento como mecanismo de solución de conflictos, es necesario tener en cuenta los aspectos en los cuales radica su ilicitud, para evitar que se generalice el carácter abusivo de las mismas sobre estipulaciones similares que no implican un desequilibrio injustificado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Arrubla, J. (2015). Contratos mercantiles. Contratos atípicos. Bogotá: Legis.
- II. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá [Centro de Arbitraje CCB]. 20 de abril de 2004 Laudo. Alfonso Ortiz del Hierro, Stella Villegas Osorio y Santiago Jaramillo Villamizar.
- III. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. 23 de enero de 2009 Laudo. Luis Miguel Montalvo Pontón.
- IV. Medina, A. (s.f.). Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas. Página 17. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4363/4/INTRODUCCI%C3%93N%20AL%20CONCEPTO%20DE%20CL%C3%81USULAS%20ARBITRALES%20ABUSIVAS.pdf>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- V. Molina, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Revista de Derecho Privado. (17) [77-105]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537591003.pdf>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- VI. Moreno, M. M. (2014). Control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. Universitas Estudiantes Bogotá (11), 331-353. Disponible en: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documentos/3722972/4335815/13+CONTROL+DE+CL+AUSULAS.pdf/a2488c79-5c86-4e7a-98f6-179e64f9955a>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- VII. Varón, J.C., Abella, G.D. (2013). Derechos fiduciarios y mercado de valores: Reflexiones frente a la normativa colombiana. Bogotá: Uniandes.

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- VIII. Arévalo, J., Rivera, C. (2013). Las cláusulas abusivas en el ámbito de la protección al consumidor en Colombia. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- IX. Atienza, M. (2013) Curso de Argumentación jurídica. España: Trotta.
- X. Baena, L., (2013). Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- XI. Cardona, M., Castañeda, E. & Delgado, L. (2012). Análisis del uso de la fiducia mercantil de administración y fuente de pago como herramienta de financiación para pymes en Colombia. (Trabajo de grado). Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.
- XII. Gaitán, D. (2004). El contrato de fiducia mercantil. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- XIII. Medina, L., Vásquez, J. (2014) Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios. Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/12850>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- XIV. Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho*. (26) [9-27]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950201300100001. Consultado el 03 Mayo 2017.
- XV. Rodríguez, L. (2011) Fiducia y construcción inmobiliaria, ¿Responsabilidad compartido? Universidad de la Sabana. Disponible en: <http://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/3332>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- XVI. Rodríguez, S. (2005). Negocios fiduciarios, su significación en América Latina. Colombia: Legis.
- XVII. Vallespinos, C. (1984). El contrato por adhesión a condiciones generales. Buenos Aires, Argentina: Universidad.
- XXIII. Corte Constitucional [C.C.], 30 Ag. 2000 C-H42, C. Cifuentes. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/5081>.
- XXIV. CSJ SC Civil, 02 Feb. 2001, e 5670. C. Jaramillo. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6vbbzikV86wJ:https://www.notinet.com.co/pedidos/csj-5670-01.doc+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-ab> consultado el 20/Sep./2017.
- XXV. CSJ SC Civil, 19 Feb. 2003, C. Valencia. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UJwOwhfpLwJ:181.57.206.12/sentencias/Civil/2003/Dr.C%25C3%25A9sarJulio%2520Valencia%2520Copete/AUTOS/A-033-2003%2520%5B00756-01%5D.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-ab> Consultado el 20/sep/2017.
- XXVI. CSJ SC Civil, 18 Oct. 2011, C. Namén. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:baBr0pOXz5QJ:181.57.206.12/sentencias/Civil/2011/Dr.Willian%2520Nam%25C3%25A9n%2520Vargas/AUTOS/1100131030372005-00372-01%2520%5B18-10-2011%5D.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-ab> consultado el 20/Sep./2017.
- XXVII. CSJ SC Civil, 19 Dic. 2005, e 1996-10274. C. Valencia. Disponible en: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rUD9_3z6q7sJ:https://www.notinet.com.co/pedidos/CJS-10274-05.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-ab consultado el 20/Sep./2017.
- XXVIII. D. 2175/2007.
- XXIX. D. 2555/2010.
- XXX. D. 663/1993.
- XXXI. L. 1328/2009.
- XXXII. L. 222/1995.
- XXXIII. SFC, 4 Dic. 2008. R. 1984.
- XXXIV. SFC, 6 Mar. 2007. R 358.
- XXXV. SFC, 8 Feb. 2000. R. 205.
- XXXVI. SFC, 9 Mar. 2012. R. 2011065502-004.
- XXXVII. SFC (s.f.) ABC negocios fiduciarios. Disponible en: <https://m.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1019581&downloadname=20160727abcnegociosfiduciarios.doc> Consultado el 03 Mayo 2017.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XVIII. CE Contencioso Administrativo, 14 Jun. 1996, e 7450. D. Gómez. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6zzFBuT9Qt0J:www.notinet.com.co/pedidos/7450.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>, consultado el 03/May./2017.
- XIX. Código Civil [Código]. (2016) Artículo 1602 [Titulo XII] Ed. 37 Legis.
- XX. Código de Comercio [Código] (2017) Numeral 1. Artículo 1232 [Titulo XI] Ed. 37 Legis.
- XXI. Corte Constitucional [C.C.], 24 Ene. 2001, C-60, C. Gaviria. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-060-01.htm>. Consultado el 20/sep/2017.
- XXII. Corte Constitucional [C.C.], 7 Nov. 2012, C-909, C. Pinilla. Disponible en:

- XXXVIII. SFC (s.f.) Cartilla de Negocios fiduciarios inmobiliarios. Disponible en: https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1019600&downloadname=20160727_cartillafiducia.pdf [03 May. 2017].
- XXXIX. SFC, 06 Mar. 2012. C. 2012006058-001.
- XL. SFC, 01 Abr. 2012. R. 2011094914-004.
- XLI. SFC, 01 Abr. 2013. R. 2012069443-007.
- XLII. SFC, 11 Dic. 2008. R. 2033.
- XLIII. SFC, 14 Jun. 2013. R. 2011065502-008.
- XLIV. SFC, 14 Mar. 2013. R. 2012047074-008.
- XLV. SFC, 16 En. 2007. R. 070.
- XLVI. SFC, 16 En. 2012. R. 201108438-008.
- XLVII. SFC, 17 Feb. 2005. R. 334.
- XLVIII. SFC, 18 Abr. 2013. R. 2011052147-001.
- XLIX. SFC, 18 Abr. 2013. R. 2012069443-010.
- L. SFC, 18 En. 2013. R. 2012069443-004.
- LI. SFC, 18 May. 2007. Resolución 624.
- LII. SFC, 2 Mar. 2012. R. 310.
- LIII. SFC, 22 Abr. 2009. R. 514.
- LIV. SFC, 27 Jun. 2012. R. 2011094914-015.
- LV. SFC, 28 Feb. 2013. R. 400.
- LVI. SFC, 30 Abr. 2012. R. 2011052147-007.
- LVII. SFC, 6 Feb. 1997. C. 96041669-5.
- LVIII. SFC. (12 de agosto de 2004) Concepto 2004042965-1. [SFC].
- LIX. SFC. (13 de julio 1998) Concepto 1998009250-1. [SFC].
- LX. SFC. (15 de julio 2016) Concepto 96010745-1. [SFC].
- LXI. SFC. (16 de junio de 2009) Concepto 2009025480-001. [SFC].
- LXII. SFC. (1996) “Circular Externa 007”. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?iServicio=Publicaciones&iTipo=publicaciones&iFuncion=loadContenidoPublicacion&iid=15464>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXIII. SFC. (2011). “Circular Externa 039”, Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?iServicio=Publicaciones&iTipo=publicaciones&iFuncion=loadContenidoPublicacion&iid=20141> Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXIV. SFC. (2011). “Registro de cláusulas y/o prácticas abusivas consolidado del sector – Fiducia de administración”. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1007066&downloadname=fiduadministracion.pdf>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXV. SFC. (2011). “Registro de cláusulas y/o prácticas abusivas consolidado del sector”. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/clausulas-y-o-practicas-abusivas-10083729>.
- LXVI. SFC. (2014) “Circular Externa 029”. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?iServicio=Publicaciones&iTipo=publicaciones&iFuncion=loadContenidoPublicacion&iid=10083443>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXVII. SFC. (2016). “Circular Externa 018” Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?iServicio=Publicaciones&iTipo=publicaciones&iFuncion=loadContenidoPublicacion&iid=10085860>. Consultado el 03 Mayo 2017.
- LXVIII. SFC. (27 de septiembre de 2010) Concepto 2010051611-001. [SFC].
- LXIX. SFC. (28 de diciembre de 2007) Concepto 2007062835-003. [SFC].
- LXX. SFC. (28 de diciembre de 2007) Concepto 2007062835-003. [SFC].
- LXXI. SFC. (4 de mayo de 2012) Concepto 2012024493-001. [SFC].
- LXXII. SFC. (4 de septiembre de 2013) Respuesta final – protección al consumidor financiero. [2012002067-000].
- LXXIII. SIC, 8 Abr. 2014. C. 14-038733-00001-0000.